

Responsabilité civile : Indifférence au discernement ? / Fadi Daher. — Extrait de : Revue juridique de l'USEK. — N° 10 (2009), pp. 251-264.

Notes au bas des pages.

I. droit civil — Codes. II. Responsabilité civile — Liban.

PER L1311 / FD258258P

RESPONSABILITÉ CIVILE INDIFFÉRENTE AU DISCERNEMENT?

PAR

Fadi DAHER

Avocat à la Cour ; Docteur en droit

1. Il est vrai que l'article 122 du Code libanais des obligations et des contrats exige le discernement chez l'auteur du dommage. À première vue, on pourrait dire que la victime du comportement d'une personne privée de discernement ne peut jamais obtenir de cette dernière réparation de son dommage, le fait dommageable ne pouvant lui être imputable. L'article 122 alinéa 1^{er} du Code libanais des obligations et des contrats le dit expressément : l'auteur est obligé à réparation, du moins s'il est doué de discernement¹. Cependant l'alinéa 3² du même

1) Le discernement désigne « l'aptitude à distinguer le bien du mal qui apparaissant chez le mineur à l'âge de raison (question de fait,) le rend capable de s'obliger délictuellement » (v. G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 5^e éd., 2004, v° Discernement). Cette définition paraît toutefois un peu trop restreinte car elle vise uniquement le mineur ; cela laisse à penser que le discernement intéresse exclusivement les mineurs. Pourtant, le discernement est une qualité intellectuelle qui concerne toute personne à plus forte raison peut-être, les majeurs que les mineurs. Il est en effet admis qu'à un certain stade de sa vie, chacun a développé ses capacités intellectuelles et morales et a acquis une grande part de maturité. C'est la raison pour laquelle le majeur est présumé discernant ou doué de discernement. C'est pour cela sans doute que le Doyen Cornu a choisi de ne pas définir le discernement par rapport aux personnes majeures. Mais la présomption de discernement du majeur n'est pas irréfragable. Il est possible, en effet, qu'en raison d'une maladie ou d'une déficience mentale, un individu ne dispose pas de toutes les capacités intellectuelles et notamment celle de discerner. Il est préférable ainsi de se référer, ou bien, au législateur suisse qui définit le discernement à l'article 16 du Code civil qui dispose que « toute personne qui n'est dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son âge, ou qui n'en est pas privé par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit d'ivresse ou d'autres causes semblables, est capable de discernement dans le sens de la présente loi » ou bien se contenter tout couramment par définir le discernement comme étant la « capacité de comprendre » (c'est la définition proposée récemment par V. PETERRAU-MAHRACH, *Le discernement du mineur. Étude de droit civil et de droit pénal*, thèse Poitiers, 2004, n° 410, p. 324).

texte ajoute aussitôt : « *En cas de dommage causé par une personne privée de discernement, si la victime n'a pu obtenir réparation de celui qui est tenu de la surveillance, les juges peuvent, en considération de la situation des parties, condamner l'auteur du dommage à une indemnité équitable* »³.

2. Différentes théories ont été avancées pour justifier l'obligation de réparer le dommage causé par un auteur non discernant. Parmi les théories avancées, certaines excluent (§ 1), d'autres rattachent l'alinéa 3 de l'article 122 à la responsabilité (§ 2).

§ 1 L'exclusion de l'alinéa 3 de l'article 122 de la responsabilité civile

3. Un courant doctrinal voit dans l'obligation de réparer mise à la charge d'une personne privée de discernement la manifestation d'une obligation indépendante de la responsabilité civile. Elle se fonde sur l'équité. Cette théorie, appelée à l'origine « *obligation d'assistance* »⁴ ou « *règle morale* »⁵, oblige à indemniser tout dommage causé quel que soit l'état de conscience de l'auteur, sans pour autant avoir besoin de prouver sa faute. Dans ce contexte, Ripert estime que « *le dommage causé même inconsciemment précède entre l'auteur et la victime le devoir d'assistance et il est possible de le transformer en obligation légale* »⁶. L'injustice de la situation de la victime, innocente et non indemnisée, est mise en avant et pour échapper à cette conséquence inéquitable engendrée par la conception morale de la faute, les auteurs instituent ce devoir de soutien à la charge de l'agent non discernant, distincte d'une responsabilité qui n'a de sens que lorsque l'auteur est conscient. « *Peu importe dès lors que la personne ait accompli un acte illicite, qu'elle ait accompli un acte qui, s'il avait été le fait d'une personne capable de discernement, aurait été licite et non fautif. C'est la mise en œuvre du principe de l'équité qui permettra d'empêcher que la responsabilité d'une*

2) Sur cet alinéa voir l'étude du président S. MANSOUR, « Le non-discernement au regard du droit libanais de la responsabilité civile », R.J.L. 1975, doctrine, pp. 1266 et s. (en arabe).

3) C'est la traduction presque littérale de l'art. 76, du projet franco-italien. Dans le même sens, v. l'art. 2047, al. 2 du Code civil italien, l'art. 829 du C. civ. allemand (BGB) et l'art. 54, al. 1 du Code des obligations suisse.

4) P. ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », RTDciv. 1949, p. 481 et s.

5) G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », LGDJ 1949, 4^e éd., n° 125 et n° 154, et pour la critique de cette doctrine: v. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947, p. 94 et S.

6) G. RIPERT, *op. cit.*, p. 280, n° 154.

personne incapable de discernement soit plus étendue que celle d'une personne douée de discernement »⁷.

4. Ce principe d'entraide trouverait une assise dans la lettre de cet alinéa qui prévoit un pouvoir modérateur entre les mains des juges, incompatible avec l'existence d'une responsabilité. En effet, le texte de l'alinéa 3 de l'article 122, copié de l'article 76 du projet franco-italien du Code des obligations et des contrats de 1927, précise formellement qu'après une « *considération de la situation des parties* », le juge peut condamner l'auteur incapable à réparer le dommage. Cela signifie que si l'auteur du dommage se trouve dans une Situation de fortune supérieure à celle de la victime il faut quand même allouer des dommages-intérêts. Dès lors que les juges disposent d'un pouvoir modérateur, l'équité peut fonder l'obligation de réparer, comme l'affirment les exposés des motifs du Projet franco-italien⁸.

Ainsi peut-on déclarer qu'une obligation d'assistance ne peut être imposée que si le débiteur peut l'assumer. Or, cette condition suppose une étude de la situation de l'auteur par le juge ; ce qui a été admis par Josserand rédacteur du Code libanais des obligations et des contrats. Ce dernier a montré dans une magistrale conférence publiée dans un recueil intitulé « *Évolutions et perspectives* »⁹, que de tout temps le droit a eu pour but de protéger les faibles contre les forts. Effectivement, c'est sa raison d'être, bien que certains philosophes affirment que le droit représente la politique de la force. Mais, autrefois, cette faiblesse, que le droit avait pour but de protéger était ce qu'on appelait, la faiblesse juridique ; les individus que la loi protégeait étaient surtout les incapables. Aujourd'hui la faiblesse que le droit sauvegarde, n'a pas uniquement un caractère juridique, mais aussi économique et social. Il s'agit de ceux que Josserand appelle « *les nouveaux faibles* ». Ripert n'approuve guère cette protection des faibles, il y voit un produit peu désirable de l'esprit démocratique¹⁰. Ainsi, Josserand parlant de Ripert écrit : « *visiblement le fort l'intéresse plus que le faible* »¹¹.

7) J. GUINAND, « La responsabilité des personnes incapables de discernement », in *Le centenaire du Code des obligations suisse*, Fribourg 1982, p. 404.

8) Exposé des motifs du Projet franco-italien, pp. 64 et 66.

9) V. L. JOSSERAND, « L'évolution de la responsabilité », in *Évolutions et perspectives*, Sirey, 1936, p. 29.

10) V. G. RIPERT, « Le régime démocratique et le droit civil moderne », L.G.D.J., 2^e éd., 1948.

11) Cité par H. MAZEAUD in *Cours de droit civil approfondi et comparé sur : l'évolution de la responsabilité civile*, Paris 1940-1941, p. 81.

5. Henri Mazeaud l'a affirmé : « *cette opinion a une certaine équité apparente* »¹² Elle est de nature à séduire, quand on met, en regard l'un de l'autre, un fou ou un jeune enfant doué de fortune et un indigent lésé, blessé, rendu infirme peut-être par un acte d'inconscience. Ne serait-il pas choquant, dans cette hypothèse, que l'insensé conservât le bien-être de la richesse, tandis que l'infortuné victime de ses actes ne recevrait aucun soulagement¹³ ? Les biens de l'insensé seront employés à faire disparaître ou à diminuer en lui les traces et les effets de l'incapacité, et ils ne serviraient pas à calmer ou adoucir les souffrances de ceux du malheur desquels sa folie l'a rendu cause ! Un sentiment confus d'équité se révolte à cette pensée et a dicté cette conclusion : n'infligeons aucun mal à l'insensé puisqu'il n'est pas coupable ; mais consacrons sa fortune à réparer les torts que ses actes de démence ont occasionnés à des tiers.

Il convient de ne pas se laisser prendre à cette argumentation, écrivent certains auteurs¹⁴, car elle conduit directement à n'engager la responsabilité de l'individu privé de raison que dans les seuls cas où sa victime est dans une situation difficile et où il se trouve lui-même dans une situation aisée. Or, rien n'est plus faux. L'ouvrier dément qui causera un dommage à un millionnaire devra aussi bien réparer ce dommage. L'état des fortunes respectives ne doit jamais être pris en considération pour déterminer s'il y a ou non faute, et par suite responsabilité. Quant il s'agit d'évaluer un préjudice, on peut tenir compte des salaires, traitements ou bénéfices dont la victime ou sa famille vont désormais être privés, mais c'est un problème tout différent. Il ne faut pas non plus se prévaloir de l'équité pour demander, au cas où l'auteur du dommage n'a pas raison, un partage de responsabilité, une responsabilité atténuée de l'insensé. La responsabilité ne peut être partagée ou atténuée qu'au seul cas où la victime a concouru à la réalisation du dommage. Mais, ici, il n'en est point question : la victime n'a rien fait, en principe du moins, son rôle a été passif. Ce qui heurterait l'équité, ce serait que la victime d'un dommage causé par un insensé, riche ou pauvre, peu importe, ne soit pas pleinement indemnisée, que l'individu privé de raison ait le droit de porter préjudice à ses semblables, que la loi n'assure pas la protection de chacun

12) V ? H. MAZEAUD in Cours de droit civil approfondi et comparé sur : *l'évolution de la responsabilité civile*, Paris 1940-1941, p. 85, et spécialement pp. 562 et s.

13) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. IV, 3^e éd. 1908, n°2859.

14) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, 6^e éd. par A. Tunc, n° 467.

contre le danger que font courir ceux qui agissent sans comprendre la portée de leurs actes.

Or, ce qu'on appelle « *devoir d'assistance* » n'est rien d'autre ici que l'expression d'une responsabilité détachée de la faute. En effet, c'est parce qu'un dommage a été causé, et qu'il l'a été par telle personne déterminée, qu'un devoir d'assistance va peser sur elle. Comment traduire cette relation du dommage à l'auteur, à l'obligation de réparer, si ce n'est par le terme de responsabilité ? Sachant que le lieu d'insertion du dit texte est dans le chapitre relatif à la responsabilité.

Ainsi ne serait-il pas justiciable de se déplacer dans le domaine de la responsabilité.

§ 2- Le rattachement de l'alinéa 3 de l'article 122 à la responsabilité civile

6. Si le rattachement de la condamnation des personnes inconscientes à la responsabilité civile a reçu un écho en doctrine, la plupart des auteurs ont fondé cette responsabilité sur la faute objective (B) sans même tenter d'insérer le texte qui la prévoit au sein d'une responsabilité objective¹⁵. Au cas où l'on considère que le dément ou l'*infans* ne peuvent commettre de fautes subjectives, comme l'admettent ces auteurs¹⁶, il est parfaitement logique de vouloir les faire tomber sous le coup d'une théorie dans laquelle la faute ne tient aucune place (A).

A- L'article 122, alinéa 3 et la responsabilité sans faute

7. À cet égard l'étude du passé apporte de la clarté. Non pas que les auteurs classiques se soient plus intéressés à cette délicate question, mais bien par la réponse audacieuse qu'ils apportèrent. Émile Tyan, dans une thèse rédigée en français et consacrée à la responsabilité délictuelle en droit musulman¹⁷, s'est intéressé à la situation de l'impubère et de l'enfant qui ont

15) La doctrine italienne admet, pour sa part, que l'obligation d'indemnisation pesant sur l'incapable en vertu de l'art. 2047, al. 2, doit être traitée comme une hypothèse de responsabilité objective : v. G. ALPA, *Responsabilità civile e danno* (la responsabilité civile et le dommage), il Mulino 1991, p. 303 (en italien).

16) S. MANSOUR, *op. cit.*, p. 1267 et spécialement la note 5. L'auteur cite dans cette note un jugement rendu le 19 mai 1961 par le juge unique de Jezzine (Liban-sud) qui écarte toute possibilité de fonder cette responsabilité sur la faute.

17) E. TYAN, *Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman*, thèse Lyon, Imprimerie Catholique Beyrouth, 1926.

commis quelque dommage. Reprenant la solution du droit musulman (*le Medjellé-al Ahqam-al Adlié ou Medjellé* tout court), l'ancien régime appliqué au Liban, il en concluait que si le droit musulman ignore la responsabilité civile du père et du tuteur ou curateur à raison du dommage causé par ceux qui sont placés sous leur autorité, ces personnes - l'impubère ou l'enfant - répondent sur leurs biens propres du préjudice qu'ils ont causé à autrui, ce qui donne à cette responsabilité une certaine physionomie objective. L'auteur soutient que la théorie de la responsabilité délictuelle est fondée, en générale, sur la notion de faute, et que c'est à titre exceptionnel que la responsabilité objective a été consacrée¹⁸. La solution donnée en 1926 par Tyan - la date est importante - semble inévitable, en ce sens que l'admission d'une responsabilité objective devait être alors enfermée dans des limites assez étroites. Il s'agit, à n'en pas douter, d'une conséquence logique dès lors qu'on manquait, à l'époque où la responsabilité délictuelle reposait exclusivement sur la faute, de l'appui d'une responsabilité objective, vu que la théorie du risque traversait alors une période d'effervescence malgré son adoption dans certaines lois par le législateur français¹⁹. Par ailleurs, la théorie de garantie cherchait encore sa voie.

Aujourd'hui, la responsabilité objective instituée par l'article 122, alinéa 3 du Code libanais des obligations et des contrats, ne pourrait-elle trouver un fondement dans un risque social (a) ou dans la théorie de la garantie (b)?

a- Le risque social, fondement de l'article 122 alinéa 3

8. Le risque, fondement de l'obligation de réparation, serait le risque social, engendré par les maladies mentales ou physiques, qui imposerait une responsabilité sans faute à la charge des personnes atteintes de ces affections car il s'agit de prendre en charge un risque, « *celui qui consiste à perdre l'esprit, et qui pèse désormais sur le malade* »²⁰. Mais cette théorie se heurte

18) E. TYAN, *op. cit.*, pp. 201 et s.

19) La théorie du risque introduite en France par Saleilles à la fin du XIX^e siècle puis développée au début XX^e siècle par Jossierand, a exercé une influence sur le plan législatif. À l'époque où Émile Tyan préparait sa thèse (en 1926) le législateur français a adopté cette théorie dans deux lois. En premier lieu, la législation du 9 avril 1898 sur les accidents du travail qui faisait assumer de plein droit à l'employeur la responsabilité des dommages survenus aux salariés à l'occasion de leur travail. En second lieu, la responsabilité sans faute des exploitants d'aéronefs pour tout dommage causé à la surface par les évolutions de l'appareil ou la chute des objets qui s'en détachent (la loi du 31 mai 1924, Art. L. 141-1 et s. du Code de l'aviation civile et commerciale).

20) R. SAVATIER, *Le risque pour l'homme de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil*, D. 1968, chron., p. 109 et spéc. p. 115 n° 11.

à un obstacle car, si l'on peut comprendre l'idée que la personne doit répondre du risque créé par sa maladie mentale comme l'a pensé Ripert²¹, on ne peut définir en quoi l'aliéné ou notamment « l'infans » profite de son activité dommageable, qui est le corollaire nécessaire au risque suscité. C'est ce qui explique pourquoi les plus fermes partisans de la théorie du risque ont rejeté l'application de leur thèse aux personnes privées de raison. Ainsi Josserand²² pense que « *les enfants, les aliénés, alors qu'ils sont sous le coup de la démence (...) bénéficient en Droit civil, comme devant la loi pénale, d'une complète irresponsabilité* »²³. De plus, le risque rend responsable la personne privée de raison, là où l'homme normal ne l'aurait pas été des lors qu'il impose au non discernant de répondre de tous ses actes dommageables, même non fautifs. La responsabilité fondée sur le risque est une responsabilité qui trouve sa légitimité dans le rapport de causalité exigeant entre le dommage et son auteur. Le comportement de l'individu est sans effet sur la responsabilité. L'objectivité de cette responsabilité résulte de son assise, la causalité. Une responsabilité causale ne saurait être le fondement de la responsabilité du non discernant²⁴ de l'article 122, alinéa 3 du Code libanais des obligations et des contras. Ce fondement ne peut être proposé à notre texte étant donné qu'il rompt l'harmonisation que la doctrine et la jurisprudence libanaise essaient de maintenir entre fait illicite et dommage injuste.

b- La garantie, fondement de l'article 122, alinéa 3.

9. Selon cette théorie, le seul sujet qui doit être pris en compte est la victime du dommage. La question primordiale est celle de savoir si la vic-

21) Selon cet auteur la notion de risque-créé permet d'expliquer une responsabilité objective du dément et pour exprimer son opinion il a utilisé une expression célèbre « l'aliéné n'est pas en faute. Mais c'est une faute d'être aliéné, comme c'est une faute d'être maladroit ou d'être malhonnête... l'aliéné est un être inférieur : c'est un être anormal. Or ce qui crée la responsabilité d'une personne, c'est le fait de ne pas agir comme tout le monde, le fait d'avoir une conduite anormale » : G. RIPERT, *Rev. Crit. Lég. et jurispr.* 1909, p. 129 ; cité par E. BLANC, *La responsabilité des parents du fait de leurs enfants*, thèse Paris, 1952, n° 25.

22) L. JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, t. II, 2^e éd. 1933, p. 244, n°457.

23) Contra : « Attendu que, dans l'application des principes de la responsabilité civile, la loi ne tient compte ni de la volonté ni de l'intention; que si l'inexpérience d'un insensé est excusable au point de vue de la responsabilité pénale, quand elle amène un fait dommageable à autrui, elle n'oblige pas moins son auteur à le réparer, ou par lui-même, ou par ceux qui doivent veiller sur lui » (v. CA. Montpellier, 31 mai 1866, in D.P. 1867,2, 3).

24) La Cour de cassation française a condamné l'hypothèse où un dément avait été obligé à réparation sur le seul constat de la réalité du préjudice : Cass. 2^e civ., 24 juin 1987, Bull.civ. II, n° 137 ; Gaz. pal. 1988, somm., p. 41, obs. Fr. CHABAS.

time a subi une atteinte à ses droits, ce qui ôte tout effet aux facultés intellectuelles de la personne responsable d'un dommage puisque la fonction de la responsabilité civile est de réparer tous les dommages subis par la victime dont les droits sont garantis. « *Si l'on veut bien admettre que l'on possède un droit à la vie, à l'intégrité corporelle et à celle des biens matériels, il sera naturel d'en déduire que la garantie de ces droits ne saurait dépendre de la lucidité ou de l'aliénation de celui qui y porte atteinte* »²⁵.

Mais l'inconvénient de la théorie de la garantie est que la personne privée de discernement devient, comme sur le fondement de risque, responsable dans des hypothèses où l'homme raisonnable ne le serait pas. Mais il faut l'admettre, cette conséquence se trouve atténuée par l'exigence d'un dommage illicite.

10. Cependant il faut avouer que le texte que nous sommes en train d'étudier évoque l'un des cas de responsabilité où la notion de « *dommage injuste* » apparaît avec le plus de netteté. « *Injuste* », non pas parce que l'auteur s'est mal comporté - il n'est pas à même, ici, de mesurer la portée de son mauvais comportement - mais « *injuste* » parce qu'il n'est pas admissible que la victime supporte seule le poids du dommage et qu'il convient, par conséquent, pour rétablir « *l'équilibre juridique* » perturbé de mettre l'auteur du dommage à contribution.

11. Pour conclure, avec cette interprétation, on en arrive à renforcer la responsabilité pour lutter contre la multiplication des dommages causés par les aliénés et les enfants n'ayant pas l'âge de raison. Nous trouvons d'ailleurs dans l'alinéa 3 de l'article 122 du Code libanais des obligations et des contrats, un rattachement clair au courant sociale, qui a permis d'adapter la responsabilité civile en France à la fréquence et à l'ampleur des dommages, de renforcer la responsabilité à mesure que les dommages se multipliaient, à mesure qu'ils devenaient plus graves.

12. Comment maintenant la plupart de la doctrine libanaise a-t-elle interprété - c'est la deuxième question qu'il faut trancher - la règle de la responsabilité des personnes dépourvues de discernement contenue dans l'article 122, alinéa 3 du Code libanais des obligations et des contrats ? L'appréciation *in abstracto* de la faute permet d'éviter pareille injustice et on se trouve toujours dans le domaine de la responsabilité civile ; c'est la solu-

25) B. STARCK, *Droit civil*, 1972, p. 151 n° 362.

tion enseignée par le professeur Danaoui²⁶. La quasi-unanimité de la doctrine libanaise²⁷ partage la même opinion : l'article 122, alinéa 3 du Code libanais des obligations et des contrats, n'est pas un cas de responsabilité objective ; il consacre la notion de la faute objective. Peut-être les auteurs ont-ils voulu imiter le professeur allemand Rumelin²⁸ qui a déclaré dans ses réflexions concernant l'article 829 BGB, - énonçant une disposition comparable à celle de l'alinéa 3 de l'article 122 - que cet article était un moyen de réintroduire la faute purement objective²⁹.

B.- L'article 122, alinéa 3 et la faute objective

13. Quand on étudie la notion de faute objective, on s'aperçoit que désormais, pour qu'il y ait faute civile peu importe que la conscience de l'agent lui reproche ou non quelque chose. À notre avis, les juristes libanais sont tombés dans le même piège : « *la faute est sauvée, mais dénaturée* ». Comment vider la faute de la culpabilité, sachant que l'article 122 qui traite de la faute en général précise que le discernement est indispensable ?

14. Au Liban, pour qu'il y ait faute, il faut ajouter à l'inexécution objective d'une obligation légale, morale ou coutumière, le fait que son au-

26) A. DANAUI, *Droit des obligations et des contrats*, cours de 2^e année, U.L. 3^e branche, Maktabat al-Maâref (Liban-Nord), 1996, notamment p. 74, 82 et 120 (en arabe).

27) Z. YAKAN, *Traité de Droit des obligations et des contrats: Comparé avec les Législations modernes et la Sharia islamique*, Al-Sakafa, t. II, 1967, p. 148 et s. (en arabe); M. AOUI, *Droit civil*, t. 2, La responsabilité civile, 1^e éd., Bahssoune (Beyrouth), 1996, pp. 368 et 375 (en arabe). Kh. JOREIGE, *La théorie générale des obligations*, t. 1, Les sources des obligations, 4^e éd. sous la direction de Ramzi Joreige, édition juridique « Sader », 1998, p. 306. Toutefois, nous avons remarqué que l'auteur est en contradiction avec lui-même, car dans la page 199 du même ouvrage il écrit que « si le Code libanais des obligations et des contrats a adopté la responsabilité objective, c'est seulement dans deux domaines : la responsabilité du fait des choses (art. 131) et la responsabilité de l'article 122, alinéa 3 ».

28) Cité par F. WERRO, *La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, Étude critique et comparative*, Édition Universitaires Fribourg Suisse, 2^e éd. 1986, p. 132 n 527, note 4.

29) Contra., Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e éd. par R. BEUDANT et P. LEREBOURGS-PIGEONNIÈRE, tome IX bis, *Les contrats et les obligations*, A. Rousseau & Cie, 1952, n° 1383 : « Les législations germaniques, sans répudier les conséquences de l'idée morale de faute, sans cesser d'en faire la base de la responsabilité civile, ont fait sa place à l'idée de risque. L'article 829 du Code civil allemand proclame que malgré son irresponsabilité (articles 827-828), le fou ou le mineur de sept ans « n'en doit pas moins, si la réparation du dommage ne peut être obtenu d'un tiers chargé de surveillance, réparer le dommage dans la mesure où d'après les circonstances et en particulier d'après la situation respective des intéressés, l'équité exige un dédommagement ».

teur soit un individu capable de comprendre et de contrôler ses propres actes. Le texte de l'alinéa 3 du même article aurait supprimé exceptionnellement l'élément subjectif de la faute, qui se résumerait alors à l'illicéité de l'acte. La doctrine libanaise considère que cette affirmation est séduisante en ce qu'elle peut justifier la responsabilité du fait personnel des aliénés et des petits enfants. Ces êtres inconscients sont traités de façon égalitaire à l'homme normal car, dans tous les cas, la commission d'une faute est exigée. Cette faute est celle appréciée *in abstracto*, sans référence à l'imputabilité morale.

Nous pensons que la faute objective ne peut être la justification de la responsabilité de ces personnes inconscientes. L'appréciation *in abstracto* est, en thèse générale, justifiée parce que le Droit repose sur le postulat de la liberté de l'homme. Ce mode d'appréciation revient à proposer aux hommes un modèle de conduite auquel on estime qu'ils doivent et qu'ils peuvent se conformer (le bon père de famille). Mais quel intérêt et quelle valeur sociale ou morale aurait la même méthode appliquée aux insensés ?

15. Par hypothèse, ce sont des êtres dépourvus de conscience ou d'intelligence ; dire qu'il y a faute pour eux a ne pas se comporter comme des êtres raisonnables n'a d'autre conséquence que de mettre à leur charge la responsabilité des dommages causés. Ce n'est là qu'une construction verbale dont l'effet le plus sûr est de jeter la confusion sur ce qu'il y a de réel, de profondément vrai et utile dans l'idée de responsabilité pour faute « subjective ». On ne saurait défendre la théorie de la responsabilité pour des raisons morales, au nom d'une conception spiritualiste du droit, tout en admettant que les inconscients sont responsables pour faute³⁰.

16. De plus, parce que le juge contrôle la licéité du comportement de l'auteur selon une méthode dite *in abstracto*, mais circonstanciée par les éléments personnels à l'agent, se pose le problème de la personnalité de l'auteur fondée sur son âge. En effet, si l'appréciation *in abstracto* s'oppose à la prise en compte de particularités subjectives internes à l'individu, comme la recherche du degré d'intelligence ou de culture, elle permet

30) Sur ce point, v. l'appréciation critique de Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », RTDciv. 1998, p. 6. Selon l'auteur, « la faute ne saurait être "objective" : elle est "subjective" c'est-à-dire imputable à un sujet doué de discernement, ou elle n'est pas. Les avatars actuels de la faute objective *in abstracto* ont pour conséquence paradoxale d'instituer une responsabilité objective du fait personnel qui ôte à l'auteur du dommage tout moyen de s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute ».

d'inclure des circonstances personnelles à l'agent celles constatables objectivement³¹. Aussi est-il tout à fait concevable de comparer le comportement de l'enfant à celui qu'aurait eu un enfant du même âge, prudent et avisé, placé dans les mêmes circonstances extérieures. La méthode d'appréciation *in abstracto* est respectée puisqu'on renvoie toujours à un modèle type d'homme raisonnable, même si le paradigme est rajeuni afin qu'il ait l'âge de l'auteur : l'illicéité de l'acte résulte par conséquent seulement du fait qu'un enfant du même âge, ayant une bonne éducation, placé dans les mêmes circonstances, n'aurait pas adopté la conduite qu'a eu le jeune auteur de l'acte dommageable. Si la comparaison établit que « l'enfant référence » se serait conduit de façon identique, la faute ne pourra être retenue contre l'auteur. Ce perfectionnement du modèle de référence conduit cependant à abaisser « le standard » en raison de l'âge, ce qui mène à une possibilité pour l'enfant d'échapper à la responsabilité. Son âge devient l'élément qui permet de conclure à la non-défectuosité de l'acte car, commis par un adulte, il aurait été qualifié de fautif.

17. Cette méthode est séduisante et efficace mais uniquement lorsqu'elle est appliquée à un auteur dont l'âge permet de supposer qu'il dispose d'un certain discernement ; comparer l'attitude de l'auteur à un enfant du même âge est dépourvu de sens lorsque l'auteur est un *infans*.

Pour que le système soit compréhensible et logique, on a exigé que la norme de comportement soit ajustée à la situation réelle de l'auteur du dommage, que celui-ci soit non discernant en raison de son âge ou d'une maladie mentale. Si l'auteur est un *infans* on doit comparer son attitude à celle d'un *infans*, s'il est *aliéné* à celle d'un *aliéné*. Toutefois, les conséquences, auxquelles un tel raisonnement pourrait aboutir afin de justifier systématiquement le comportement de l'inconscient, surgissent sur le champ. Ne pouvant ainsi exiger d'un *infans* ou d'un *aliéné* le comportement d'un *infans* ou d'un *aliéné* raisonnable, qui sont des modèles inexistantes, on ne peut les déclarer fautifs puisque leur conduite sera toujours parfaitement justifiée au re-

31) Selon M. JOURDAIN : « l'âge est une donnée physique, objective, aisément saisissable de l'extérieur et qu'il est parfaitement envisageable de retenir pour individualiser le type de référence (le « bon père de famille »). L'appréciation dite *in abstracto* de la faute civile est en effet sérieusement relativisée par la prise en compte de toute une série de circonstances externes et même internes lorsqu'elles sont facilement objectivables. S'agissant de l'âge, et notamment du jeune âge, la Cour de cassation a d'ailleurs montré à plusieurs reprises... qu'elle n'était pas hostile à sa considération ». « Cette attitude » écrit-il « mérite approbation dans la mesure où elle introduit une certaine souplesse dans l'appréciation de la faute par l'humanisation du type abstrait de référence » ; (P. JOURDAIN, obs. sous Cass. 2^e civ., 28 févr. 1996, in RTDciv. 1996, p. 630).

gard de l'attitude d'une personne du même âge ou atteinte de troubles mentaux identiques.

Dès lors, s'est imposé le rejet du critère de l'âge dans l'appréciation de l'illicite³² ; l'acte de l'enfant doit être contrôlé indépendamment des particularités psychologiques présentées aux différentes étapes de l'enfance. Mais si la norme ne peut être affinée selon l'âge de l'enfant, cela signifie-t-il que son comportement sera apprécié comme l'aurait été celui d'un adulte ? N'existe-t-il pas une incompatibilité insurmontable, entre certaines formes d'inconscience et l'existence d'une faute même objective ?

18. Retenir une faute, contre un *infans* ou un enfant place dans des circonstances enfantines, est une fiction³³ parce que l'appréciation opérée de la conduite de l'auteur « conduit à méconnaître la réalité juridique »³⁴. En revanche l'*infans* est frappé d'une incapacité à être l'auteur d'une faute civile du fait que le modèle de référence adopté ne peut être appliqué aux actes de l'*infans*.

En effet, qualifier d'illicite un acte, qui ne peut être saisi qu'au prix d'un subterfuge intellectuel, revient à poser une affirmation juridique dépourvue de tout contenu³⁵. Si l'acte dommageable de l'*infans* est illicite, c'est uniquement parce qu'il est considéré que l'homme raisonnable n'aurait pas eu la même attitude dans les mêmes circonstances. Mais là où le bât blesse, c'est que la conduite jugée est celle d'un enfant. Or, l'illicéité est prononcée sur ce constat. Le raisonnement est faussé du fait que la conduite

32) Cette indifférence à l'âge de l'enfant pour apprécier la licéité de son comportement est depuis longtemps l'attitude majoritairement adoptée par les tribunaux français qui, quel que soit l'âge de l'enfant ne recherchent aucunement si le danger était perceptible pour l'enfant, v. N. DE JEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit français*, préf. de H. Mazeaud, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1965, p. 26, note 39 qui énumère les arrêts qui, depuis 1929, ont statué en ce sens. De plus, prendre en compte l'âge de l'enfant pour apprécier la licéité de son comportement revient, comme l'avait prévu un auteur, « à reprendre d'une main ce que l'on a donné de l'autre » (M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, préf. de A. Reig, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1973, p. 53).

33) Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », RTDciv. 1987, p. 510, qui dénonce « l'artifice voire l'absurdité de cette solution (la faute objective) qui conduit à admettre qu'un pauvre fou, un jeune enfant, « un innocent » ?, sont responsables ». En ce sens, Fr. WAREMBOURG-AUQUE, « Irresponsabilité ou responsabilité de l'*infans* », RTDciv. 1982, pp. 339 et s.; Ph. Remy, obs. in RGDA, 1997, p. 855.

34) A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse Paris II, 1995, p. 7.

35) Sur « les fictions consistant en une affirmation (...) lorsque est affirmé que ce qui n'est pas est », A.M. LEROYER, thèse précitée, pp. 93 et s.

examinée ne peut être commise par un adulte. Dès lors tout comportement d'un enfant est illicite s'il relève des activités propres à l'enfance, exclusives du monde des adultes. Or, pourquoi les adultes autorisent-ils les enfants à jouer ? C'est parce que le jeu est du domaine normal de l'enfance, caractérisé par l'immaturité et la puérilité et qu'il n'est source généralement d'aucun dommage. Aussi, c'est uniquement lorsque le jeu « *tourne mal* » que le comportement est jugé et devient illicite.

Mais intrinsèquement ces actes ne sont-ils pas licites du fait précisément qu'ils sont des actes qui ne peuvent être commis par des adultes raisonnables ? Tous les actes décrits s'apparentent, en effet, davantage à une petite erreur qu'à une véritable faute³⁶. C'est d'ailleurs ce qu'on peut reprocher aux anciennes décisions du droit français selon lesquelles « *la turbulence naturelle des enfants est une des caractéristiques naturelles de leur âge ; qu'on ne saurait considérer comme une faute le fait pour un enfant de céder à cet instinct de sa nature* »³⁷. Mais cette motivation est rare et, généralement, il est seulement tenu compte du fait que ces maladroites sont à l'origine d'un dommage.

N'est-ce pas alors l'existence du dommage qui rend, seule, illicite l'acte de l'enfant du fait que l'appréciation *in abstracto* ne permet pas de déterminer si l'acte est ou non fautif, par l'impossibilité de transposer l'adulte dans les actes et circonstances extérieures où se trouvait l'enfant ? Ce serait, par conséquent, la constatation objective de l'existence d'un dommage qui déterminerait la qualification d'illicite de l'acte de l'enfant. Il semble alors que les juges sortent du cadre de la responsabilité pour faute objective pour entrer dans celui de la responsabilité objective. Si les deux responsabilités ne peuvent être assimilées selon Mazeaud³⁸, la confusion de celles-ci semble

36) De façon plus générale, il a été dénoncé l'appartenance à la responsabilité pour faute de l'obligation de réparer le dommage lorsque l'acte recouvre une faute vénielle : Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », in *Droits, Revue française de théorie juridique*, n°5, « *La fin de la faute* », Puf, 1987, p. 35 : « *Or dire que toute faute, si minime soit-elle, oblige à répondre de l'entier dommage, n'est-ce pas une autre manière de dire qu'il est à peine besoin de discerner l'existence d'une faute pour déclencher la responsabilité. Il n'y a pas loin d'une faute aussi peu caractérisée à l'absence de faute* ».

37) T. civ. Cosme, 13 janv. 1931, Gaz. Pal. 1931, 1, p. 483. Dans le même sens, CA Poitiers, 17 déc. 1934, Gaz. Pal. 1935, 1, p. 33 ; CA Besançon, 7 déc. 1933, S. 1934,2, p. 52.

38) H. MAZEAUD, La faute objective et la responsabilité sans faute, D. 1985, chron., p. 13 : « La responsabilité pour "faute objective" n'est pas une "responsabilité objective" car dans la première il faut apprécier si (les actes) sont bons ou mauvais, s'ils engagent ou non la responsabilité, tandis que dans la seconde "chacun doit réparer les conséquences de ses actes, qu'ils soient ou non fautifs" ».

pourtant être inévitable lorsque l'auteur du dommage est un *infans*³⁹. D'ailleurs, l'intervention de l'arrêt *Fullenwarth* qui a substitué la causalité à la notion d'acte illicite, bien que discuté⁴⁰ apparaît comme l'interprétation la plus adéquate du fait dommageable du mineur dépourvu de discernement. C'est une consécration implicite que *l'infans* ne peut être en droit français l'auteur d'une faute même objective.

19. Le droit positif libanais a opté clairement pour une appréciation *in abstracto* du comportement de l'enfant quitte à poser une fiction par l'appréciation *in abstracto*. L'artifice permet de retenir une responsabilité pour faute objective là où n'existe qu'une responsabilité objective.

39) Cette conclusion est faite à demi-mot « *par respect de l'esprit de famille* » par M. Denis Mazeaud (D. 1997, p. 29), pour qui la distinction entre la « responsabilité pour faute objective et responsabilité objective serait » cependant « une vue de l'esprit ». Dans le même sens, Ph. Jacques, Gaz. Pal. 1997, I, p. 35.

40) Bien que l'arrêt concerne la responsabilité des parents (que la victime a tout intérêt à pouvoir invoquer lorsque le dommage dont elle se plaint est le fait de l'enfant), l'exigence de la responsabilité préalablement établie de l'enfant (condition nécessaire de la mise en œuvre de la responsabilité des père et mère en France - art. 1384, al. 4 du C. civ. - et la responsabilité des parents (ou tuteur) au Liban - art. 126, al. 1^{er} C.o.c.-) n'a pendant longtemps guère été contestée. Le problème est apparu toutefois à propos des dommages occasionnés par de très jeunes enfants, non doués de la faculté de discernement. À l'époque où cette circonstance faisait obstacle à la reconnaissance d'une faute, le risque existait que la responsabilité parentale se trouvât paralysée dans les hypothèses mêmes où elle s'imposait avec le plus d'acuité. Le législateur libanais a dépassé cet obstacle en prévoyant clairement dans l'alinéa 3 de l'article 126 du C.o.c. que la responsabilité des parents (ou tuteur) subsiste encore que l'auteur de l'acte soit irresponsable par défaut de discernement. Mais la jurisprudence française surmonta alors la difficulté, en précisant qu'à défaut d'un comportement véritablement fautif, les juges pouvaient se contenter d'un acte objectivement illicite de *l'infans* à l'origine du dommage (v. par ex. Cass. 2^e civ., 13 juin 1974, Bull. civ. II, n° 198; RTDciv. 1975, p. 311, obs. G. DURRY). Cependant, le jour même où elle consentait solennellement à l'abandon de l'exigence de discernement, et qu'elle consacrait l'aptitude de *l'infans* tant à la garde des choses inanimées (Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *Gabillet*, J.C.P. 1984, II, 20255 (1^{er} esp.), note N. DEJEAN DE LA BÂTIE) qu'à la commission de fautes civiles (Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *Lemaire*, J.C.P. 1984, II, 20256 (2^e esp.), note P. JOURDAIN), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation jugea utile d'affirmer que « *pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime* » (Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *Fullenwarth*, D. 1984, p. 525 (2^e esp.), note Fr. CHABAS). Aujourd'hui et depuis les arrêts rendus en 2001 et 2002, respectivement par la deuxième Chambre civile et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le sort de la responsabilité parentale paraît définitivement scellé en droit français dans le sens de l'abandon pur et simple de tout exigence d'illicéité de l'acte dommageable du mineur. (v. Cass. 2^e civ., 10 mai 2001, Bull.civ. II, n° 96 ; Rep. Defrénois, 2001, p. 1275, obs. E. Savaux ; Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, Bull.civ. II, n° 4).